

## **Il nuovo concetto di uguaglianza?**

Christopher McCrudden<sup>??</sup>

In questa relazione analizzo il «nuovo concetto» di uguaglianza nel diritto comunitario, distinguendo tra quattro significati di uguaglianza a cui esso fa ricorso. Sostengo che le direttive relative alla parità di trattamento fra le persone indipendentemente dal sesso, dalla razza e dall'origine etnica e alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro essenzialmente consolidano l'idea di uguaglianza «basata sullo stato» (in precedenza tradotta nella normativa comunitaria contro la discriminazione fondata sul sesso), che è notevolmente diversa da altri approcci esistenti. Sostengo altresì che, per l'idea di uguaglianza «basata sullo stato» adottata nel diritto comunitario, è possibile individuare dei principi fondamentali sottostanti sensibilmente diversi che sostengono questo approccio. Concludo affermando che affrontare queste idee di uguaglianza diverse e, almeno potenzialmente, contrastanti richiederà in futuro importanti modifiche da parte delle istituzioni nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario e suggerisco alcuni adattamenti che possono rivelarsi utili.

### **I. Evoluzione del diritto comunitario europeo in materia di uguaglianza e discriminazione**

Esistono numerose fonti del diritto comunitario, diverse ma in parte sovrapposte, che stabiliscono norme di uguaglianza e di non discriminazione vincolanti per le istituzioni comunitarie e gli Stati membri «che realizzano o agiscono nell'ambito del diritto comunitario». Inoltre il diritto comunitario vieta ad altre persone fisiche e giuridiche nonché alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri di discriminare in situazioni più specifiche, ad esempio quando le loro azioni violano il divieto di discriminazione fondata sulla cittadinanza e sul sesso.

#### **1. L'uguaglianza come principio generale del diritto comunitario**

La CGCE ha prodotto una giurisprudenza che vincola l'esercizio della competenza comunitaria al requisito di conformità ai «principi generali» del diritto comunitario<sup>1</sup>, che ha delle implicazioni sull'uguaglianza e sulla discriminazione in vari modi fondamentali.

---

<sup>?</sup> Questa relazione è la versione scritta di una presentazione svolta dall'autore alla conferenza «Fight Against Discrimination: The Race and Framework Employment Directives» (Lotta contro la discriminazione - La direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e la direttiva contro la discriminazione fondata sulla razza), Treviri, 31 marzo - 1° aprile 2003.

<sup>??</sup> *Christopher McCrudden*, professore di diritti umani, Università di Oxford; Professore associato estero di diritto, Università del Michigan, Scuola di legge.

<sup>1</sup> Vedere in generale *Takis Tridimas*, *The General Principles of EC Law* (OUP, 1999), capitolo 2. Vedere anche «Equality» in *A.G. Toth*, *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, volume 1 (Clarendon Press, 1990), 188-201 (in seguito «*Tridimas*»).

Nonostante l'esistenza di numerose disposizioni del trattato «che stabiliscono il principio di parità di trattamento per specifiche materie»,<sup>2</sup> la Corte di giustizia ha sentenziato che il principio di uguaglianza è uno dei principi generali del diritto comunitario, nell'ambito del quale impedisce che situazioni simili vengano trattate in modo diverso e che situazioni diverse vengano trattate in modo simile<sup>3</sup>, salvo nel caso in cui la disparità di trattamento sia oggettivamente giustificata.<sup>4</sup> La Corte di giustizia ha riconosciuto ad esempio che il principio di uguaglianza di tutte le persone davanti alla legge è un principio fondamentale del diritto comunitario<sup>5</sup>. Perché la Corte ha ritenuto necessario stabilire che l'uguaglianza è un principio generale del diritto comunitario? Tridimas osserva che «è possibile che queste [specifiche] disposizioni non garantiscano la parità di trattamento in tutti i casi per cui è necessario lo sviluppo di un principio generale per colmare le lacune lasciate dal diritto scritto. Il motivo principale dello sviluppo di un principio generale sembra però essere una questione di principio anziché una necessità pratica».<sup>6</sup>

In secondo luogo, la protezione dei diritti fondamentali è uno dei principi generali del diritto comunitario. I requisiti derivanti dalla protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario sono vincolanti per le istituzioni comunitarie, nonché per gli Stati membri quando attuano norme comunitarie.<sup>7</sup> I «diritti fondamentali» individuati dalla CGCE derivano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tra i diritti fondamentali protetti dalla Corte di giustizia, la stessa Corte ha individuato alcuni particolari aspetti, tra cui l'uguaglianza religiosa<sup>8</sup> e il divieto di discriminazione fondata sul sesso<sup>9</sup>. In senso più ampio la Corte ha ritenuto che nel

---

<sup>2</sup> *Tridimas*, pag. 40.

<sup>3</sup> *Sermide SpA contro Cassa Conguaglio Zuccheri e altri*, causa 106/83. 1984 Racc. 4209, punto 28. Vedere anche l'opinione dell'*avvocato generale Van Gerven* depositata il 15 settembre 1993, *Koinopraxia Enoseon Georgikon Synetairismon Diacheir iseos Enchorion Proionton Syn. PE (KYDEP) contro Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, causa C-146/91, 1994 Racc. I-4199.

<sup>4</sup> Vedere ad esempio la causa C-189/01 *Jippes e altri* 2001 Racc. I-5689, punto 129, e la causa C-149/96 *Repubblica portoghese contro Consiglio dell'Unione europea* 1999 Racc. I-8395, punto 91.

<sup>5</sup> Causa 283/83 *Racke contro Hauptzollamt Mainz* [1984] Racc. 3791; causa 15/95 *EARL de Kerlast contro Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) e Coopérative du Trioux* [1997] Racc. I-1961; causa 292/97, *Karlson* (13 aprile 2000).

<sup>6</sup> *Tridimas*, p. 41.

<sup>7</sup> Causa C-442/00, *Caballero contro Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, [2003] IRLR 115, punto 30.

<sup>8</sup> Causa 130/75, *Prais contro Consiglio delle Comunità europee* [1976] Racc. 1589.

<sup>9</sup> *Defrenne contro Sabena*, C-149/77, [1978] Racc. I-1365 ai commi 26, 27. Vedere C. Docksey, *The Principle of Equality between Women and Men as Fundamental Right under Community Law* (1991) 20 *Industrial Law Journal* 258.

novero dei diritti fondamentali «figura in particolare il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione»<sup>10</sup>.

In questo contesto, l'uguaglianza come elemento dei diritti fondamentali ha nel diritto comunitario un limitato ruolo autonomo, seppur incerto<sup>11</sup>. La Corte, pur avendo riconosciuto nella terza causa Defrenne<sup>12</sup> che la rimozione della discriminazione fondata sul sesso costituiva parte dei diritti fondamentali, non ha accettato di ampliare la portata dell'art. 119 (ora 141) del trattato CE, che stabilisce la parità delle retribuzioni tra donne e uomini, per richiedere l'uguaglianza per altre condizioni di lavoro. Nella causa Razzouk invece, dopo aver ribadito che la rimozione della discriminazione fondata sul sesso è un diritto fondamentale, la Corte ha deciso che deve essere conseguentemente sostenuta nelle relazioni tra le istituzioni e i loro dipendenti. Pertanto ha sostenuto che, nell'interpretazione delle norme relative al personale, gli imperativi imposti dal principio di parità di trattamento «non sono affatto limitati a quelli che risultano dall'art. 119 del trattato CE o dalle direttive comunitarie emanate in questo settore»<sup>13</sup>. L'uguaglianza come aspetto dei diritti fondamentali ha giocato un ruolo importante anche in *P contro S e Cornwall*<sup>14</sup>, nel ribadire come la discriminazione fondata sul cambiamento di sesso fosse vietata dal diritto comunitario. Per *Tridimas* la causa «fornisce un esempio tipico del modo in cui la Corte considera il principio di uguaglianza come un principio generale del diritto comunitario che trascende le disposizioni della legislazione comunitaria». In altri casi però, come in *Grant* (relativo alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale), la Corte è stata prudente nel seguire l'evidente logica di questa posizione per giungere a conclusioni che, dal punto di vista della stessa Corte, superano l'attuale consenso politico europeo<sup>15</sup>.

## **2. Obblighi di uguaglianza nei trattati e nella legislazione comunitaria derivata**

Ora possiamo prendere in considerazione le specifiche circostanze in cui i principi di uguaglianza e non discriminazione risultano legalmente applicabili. Esistono specifiche disposizioni dei trattati comunitari e dell'Unione europea che definiscono gli obblighi e, in alcuni casi, i diritti in materia di uguaglianza e non discriminazione.

### **a. Parità di trattamento in ambiti economici**

I principi di non discriminazione od uguaglianza sono esplicitamente citati in numerose disposizioni del trattato CE e vengono considerati come specifiche elencazioni

---

<sup>10</sup> Causa C-442/00, Caballero contro Fondo de Garant ia Salarial (Fogasa), [2003] IRLR 115, punto 32.

<sup>11</sup> *Tridimas*, pagina 69.

<sup>12</sup> Causa 149/77, Defrenne contro Sabena [1978] Racc. I-1365.

<sup>13</sup> Razzouk e Beydoun contro Commissione (cause congiunte 75 e 117/82) [1984] Racc. 1509, punto 17. Vedere anche la causa C-37/89, Weiser contro Caisse nationale des barreaux francais, [1990] Racc. I-2395.

<sup>14</sup> Causa C-13/94 [1996] Racc. I-2143.

<sup>15</sup> Causa C-249/96, Grant contro South West Trains Ltd. [1998] Racc. I-621.

dettagliate del principio generale di uguaglianza<sup>16</sup>. Gli esempi principali sono costituiti dai seguenti articoli del trattato CE: art. 12 (ex 6) («è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità» di uno degli Stati membri); art. 18 (ex 8a) («Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri», fatte salve alcune limitazioni); art. 34(2) (ex 40(3)) (non discriminazione tra i produttori e i consumatori nell'ambito della politica agricola comune); art. 39 (ex 48) (non discriminazione tra lavoratori che sono cittadini dello Stato ospite e coloro che sono cittadini di un altro Stato membro); art. 43 (ex 52) (uguale trattamento tra cittadini e non cittadini in materia di libertà di stabilimento in uno Stato membro come liberi professionisti); art. 49 (ex 59) (uguale trattamento per i fornitori di servizi) ed art. 90 (ex 95) (non discriminazione in materia di tassazione tra prodotti interni e importati)<sup>17</sup>. «Probabilmente la manifestazione più evidente e cruciale del principio di non discriminazione nel diritto comunitario riguarda il divieto di discriminazione fondata sulla cittadinanza e sull'origine»<sup>18</sup>.

Queste disposizioni sono state integrate da un cospicuo corpus di legislazione derivata<sup>19</sup>.

#### **b. Uguaglianza e non discriminazione in materia di sesso**

Gli artt. 2 e 3(2) del trattato CE hanno l'obiettivo di promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nella Comunità. L'art. 141 del trattato CE prevede il diritto di uguaglianza tra uomini e donne per quanto concerne la retribuzione. Stabilisce altresì che il principio di parità di trattamento non impedisce il mantenimento o l'adozione di misure che stabiliscono specifici vantaggi per consentire al sesso sottorappresentato di perseguire più facilmente un'attività professionale o di evitare o compensare gli svantaggi nelle carriere professionali<sup>20</sup>.

Esiste inoltre una serie di disposizioni legislative in cui viene affrontata l'ineguaglianza tra i sessi e che definisce un quadro giuridico per l'uguaglianza di trattamento delle donne in materia di occupazione e di condizioni lavorative, di cui facevano parte inizialmente tre direttive: sulla parità delle retribuzioni (che inglobava il concetto dell'OIL di «pari retribuzione per il lavoro di pari valore»)<sup>21</sup>, sul pari trattamento in altri aspetti del lavoro (come l'assunzione, le promozioni e i licenziamenti)<sup>22</sup> e sul pari

---

<sup>16</sup> Causa 1/72, Frilli contro Belgio, [1972] Racc. 457, punto 19; Royal Scholten-Honig (Holdings) Ltd. contro Intervention Board for Agriculture Produce [1978] Racc. 2037, punto 26.

<sup>17</sup> Art. 18 CE.

<sup>18</sup> *G. de Búrca*, *The Role of Equality in European Community Law*, in *A. Dashwood and S. O'Leary*, *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, p. 20.

<sup>19</sup> Ad esempio il regolamento del Consiglio (CEE) 1612/68 relativo al libero spostamento dei lavoratori nella Comunità.

<sup>20</sup> Art. 141(4) CE.

<sup>21</sup> Direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile [1975] GUCE L 45/198.

<sup>22</sup> Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda

trattamento in un numero limitato di questioni in materia di sicurezza sociale<sup>23</sup>. Durante gli anni Ottanta furono adottate solo due delle numerose direttive proposte sull'uguaglianza, entrambe nel 1986 ed entrambe d'importanza secondaria: sull'uguaglianza della sicurezza sociale occupazionale e sull'uguaglianza tra i lavoratori autonomi donne e uomini (direttiva sulla sicurezza sociale dei lavoratori dipendenti<sup>24</sup> e direttiva sui lavoratori autonomi<sup>25</sup>). Per promuovere la legislazione sull'uguaglianza è stato necessario attendere la fine degli anni Ottanta, quando il Consiglio accettò di sviluppare una nuova dimensione sociale ad integrazione dell'iniziativa del mercato unico e modificò il sistema di votazione del Consiglio in modo da consentire il voto a maggioranza qualificata in talune materie.

Molti strumenti legislativi adottati da allora sono di particolare importanza. In primo luogo, l'approvazione da parte del Consiglio nel 1992 di una direttiva che prevede alcuni diritti per le lavoratrici gestanti o in periodo di allattamento (direttiva sulle lavoratrici gestanti)<sup>26</sup>. In secondo luogo, l'approvazione nel 1993 della direttiva sull'orario di lavoro<sup>27</sup>. In terzo luogo, l'accordo ai sensi del protocollo sociale (e con l'iniziale esclusione del Regno Unito) della direttiva sul congedo parentale, che prevede dei periodi di astensione dal lavoro per le madri e i padri in talune circostanze<sup>28</sup>. In quarto luogo, l'approvazione della direttiva sulla sicurezza sociale professionale, che modifica la direttiva sulla sicurezza sociale professionale del 1986<sup>29</sup>. In quinto luogo, l'adozione nel

---

l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro [1976] GUCE L 39/40.

<sup>23</sup> Direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale [1979] GUCE L6/24.

<sup>24</sup> Direttiva 86/378/CEE del Consiglio del 24 luglio 1986 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale [1986] GUCE L225/40.

<sup>25</sup> Direttiva 86/613/CEE del Consiglio dell'11 dicembre 1986 relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità [1986] GUCE L 359/56.

<sup>26</sup> Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento [1992] GUCE L 348/1.

<sup>27</sup> Direttiva 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro [1993] GUCE L 307/18.

<sup>28</sup> Direttiva 96/34/CE del Consiglio, del 3 giugno 1996, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES [1996] GUCE L 145/11, infine sottoscritta dal Regno Unito mediante la direttiva 97/75/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, che modifica ed estende la direttiva 96/34/CE concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord [1997] GUCE L 10/24.

<sup>29</sup> Direttiva 96/97/CE del Consiglio, del 20 dicembre 1996, che modifica la direttiva 86/378/CEE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nei regimi professionali di sicurezza sociale [1997] GUCE L 14/13.

1997 da parte del Consiglio della direttiva sull'onere della prova ai sensi del protocollo sociale<sup>30</sup>, che comprendeva per la prima volta una definizione legislativa della discriminazione indiretta, nonché disposizioni miranti a modificare le norme sull'onere della prova nei casi di discriminazione fondata sul sesso. In sesto ed ultimo luogo, la direttiva riguardante i lavoratori a tempo parziale ha proibito la discriminazione tra lavoratori a tempo parziale e a tempo pieno in talune circostanze<sup>31</sup>. Più recentemente, nel 2002 sono state apportate importanti modifiche alla direttiva sulla parità di trattamento del 1976<sup>32</sup>.

A ciò si deve aggiungere la promulgazione di strumenti di «soft law», i quali, seppur non nella forma di legislazione tradizionale e quindi non direttamente applicabili, hanno definito degli standard e generato delle aspettative. Infatti hanno una notevole influenza indiretta sull'interpretazione dei principali strumenti giuridici vincolanti, in particolare nell'ambito della legislazione nazionale e pertanto non sono privi di effetti legali. La Commissione e il Consiglio hanno adottato tali strumenti in molti casi di uguaglianza di trattamento tra i sessi, in particolare in contesti complessi come la parità delle retribuzioni, l'azione positiva, le molestie sessuali e la rappresentanza delle donne<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Direttiva 97/80/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso [1998] GUCE L 14/6, infine accettata dal Regno Unito mediante la Direttiva 98/52/CE del Consiglio, del 13 luglio 1998, relativa all'estensione della direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord [1998] GUCE L 205/66.

<sup>31</sup> Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES - Allegato: accordo quadro sul lavoro a tempo parziale [1998] GUCE L 14/9.

<sup>32</sup> Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro [2002] GUCE L 269/15.

<sup>33</sup> Ad esempio, la CE ha realizzato una serie di programmi di azione, miranti a promuovere le pari opportunità tra gli uomini e le donne, che incentivano l'impiego di misure d'azione positiva, ad esempio il quarto programma di azione sulle pari opportunità tra donne e uomini (1996-2000). Vedere anche la comunicazione della Commissione relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra le donne e gli uomini e in tutte le attività e politiche della Commissione, COM (2000) 334; la comunicazione della Commissione sulla consultazione dei dirigenti e dei dipendenti nella prevenzione delle molestie sessuali sul lavoro, COM (1996) 378; la risoluzione del Consiglio del 27 marzo 1995 riguardante la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale [1995] GUCE L 168; la raccomandazione del Consiglio, del 2 dicembre 1996, riguardante la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini ai processi decisionali [1996] GUCE L 319/11; la raccomandazione del Consiglio 84/635 sulla promozione di azioni positive a favore delle donne [1984] GUCE L 331/34.

### c. Uguaglianza e non discriminazione fondata su altri motivi

L'art. 13 del trattato CE sancisce un potere legislativo generale per affrontare numerosi tipi di discriminazione<sup>34</sup>. Sulla base dell'art. 13 CE, la Comunità ha prodotto un'importante serie iniziale di misure per situazioni diverse dalla discriminazione fondata sul sesso<sup>35</sup>. La direttiva contro la discriminazione fondata sulla razza<sup>36</sup> vieta la discriminazione fondata sulla razza e l'origine etnica nell'accesso al lavoro, alla formazione professionale, alle condizioni di lavoro, all'adesione e partecipazione ai sindacati e alle organizzazioni dei datori di lavoro, alla protezione sociale, inclusa la previdenza sociale e l'assistenza sanitaria, ai «vantaggi sociali», all'istruzione e ai beni e servizi, incluso l'alloggio. La direttiva relativa al quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro<sup>37</sup> vieta la discriminazione principalmente nell'ambito occupazionale (accesso al lavoro, all'attività e all'occupazione come lavoratore autonomo; guida e formazione professionale; occupazione e condizioni di lavoro, inclusi il licenziamento e la retribuzione; adesione a organizzazioni), ma anche per le altre categorie citate nell'art. 13 del trattato CE (handicap, età, tendenze sessuali, religione e convinzioni personali). Detta serie iniziale di misure è completata da un programma d'azione per promuovere la lotta alla discriminazione. Queste direttive stabiliscono dei requisiti minimi e consentono agli Stati membri di aggiungere o mantenere disposizioni più favorevoli. Le direttive non possono essere usate per giustificare un peggioramento della situazione già esistente in ogni Stato membro. Gli Stati membri devono attuare la direttiva contro la discriminazione fondata sulla razza entro il luglio 2003; le disposizioni della direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento concernenti la religione, le convinzioni personali e le tendenze

---

<sup>34</sup> 'Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali'. Per un'analisi storica della formulazione dell'art. 13 CE, vedere *M. Bell e L. Waddington*, 'The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-discrimination Treaty Article' (1996) 25 *ILJ* 320-36, (che sottolinea l'importante ruolo giocato dalle ONG e dal Parlamento europeo nell'ottenere l'inserimento dell'art. 13 CE). *M. Bell*, 'The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?' (1999) 6 *Maastricht Journal of European Law* 5-23, 6-7: spiega ulteriormente l'evoluzione della stesura dell'art. 13 del trattato CE.

<sup>35</sup> La letteratura sull'uguaglianza e sul trattato di Amsterdam, insieme con l'analisi delle direttive relative al nuovo art. 13 CE (in bozza e approvato) è già copiosa; vedere *Mark Bell*, *Anti-discrimination Law and the European Union* (Oxford, OUP, 2002).

<sup>36</sup> Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica [2000] GUCE L 180/22.

<sup>37</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro [2002] GUCE 303/16.

sessuali devono essere attuate entro il novembre 2003, quelle sull'età e sull'handicap entro il novembre 2006.

### **3. Carta dei diritti fondamentali dell'UE**

Un'altra fonte del principio di uguaglianza è la Carta dei diritti fondamentali dell'UE promulgata nel 2000<sup>38</sup>. In questo documento vengono in parte enunciati più sistematicamente i diritti fondamentali già presi in considerazione dalla CGCE e derivanti dai principi generali del diritto comunitario. La Carta però si spinge oltre nel definire una serie più ampia di diritti che sono considerati come fondamentali nella Comunità/Unione europea.

La Carta contiene un capitolo intitolato «uguaglianza», che include una disposizione generale che afferma il principio secondo il quale tutte le persone sono uguali davanti alla legge<sup>39</sup>. Viene vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, su sesso, razza, colore della pelle od origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza nazionale, ricchezza, nascita, handicap, età o tendenze sessuali<sup>40</sup>. Viene vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla cittadinanza<sup>41</sup>. L'Unione deve rispettare la diversità culturale, religiosa e linguistica<sup>42</sup>.

La parità tra uomini e donne deve essere garantita in tutti i campi, tra i quali l'occupazione, il lavoro e la retribuzione, ma il principio della parità «non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato»<sup>43</sup>.

Sono riconosciuti alcuni diritti dei bambini, incluso il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere<sup>44</sup>.

Viene riconosciuto e rispettato il diritto degli anziani a condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale<sup>45</sup>, nonché il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità<sup>46</sup>.

Dev'essere ancora verificato il modo in cui queste disposizioni verranno considerate come base di un principio di uguaglianza legalmente applicabile. Lo stato giuridico di questo documento è molto dibattuto e sarà oggetto di un ulteriore esame nel 2004. Tuttavia molti avvocati generali e il tribunale di primo grado hanno già fatto riferimento alla Carta nelle loro opinioni e decisioni.

---

<sup>38</sup> [2000] GUCE C 364/1.

<sup>39</sup> Art. 20.

<sup>40</sup> Art. 21(1).

<sup>41</sup> Art. 21(2), "Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi".

<sup>42</sup> Art. 22.

<sup>43</sup> Art. 23.

<sup>44</sup> Art. 24.

<sup>45</sup> Art. 25.

<sup>46</sup> Art. 26.

#### **4. Uguaglianza e altri strumenti di difesa dei diritti umani**

Possiamo affermare che sia in corso un processo di inclusione dei concetti di uguaglianza e non discriminazione in un più ampio dibattito sui diritti umani. In questo contesto la portata nazionale delle leggi sull'uguaglianza viene ampliata per includere un ideale di uguaglianza più inclusivo, che comprenda la razza, l'origine etnica, l'handicap, la religione e le convinzioni personali, le tendenze sessuali e l'età. È degno di nota che molti impegni al riconoscimento dei diritti umani stabiliti nei trattati internazionali che gli Stati membri hanno sottoscritto dalla fine della seconda guerra mondiale contengano requisiti alquanto ampi sull'uguaglianza. L'art. 14 della CEDU e il protocollo n. 12 sono alcuni semplici esempi di questa tendenza, di cui un'importante segno tangibile nell'ambito della Comunità europea è l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>47</sup>. Inoltre, il concetto di uguaglianza si sta ampliando ben oltre l'ambito occupazionale, certamente non solo all'interno della Comunità. La quarta conferenza mondiale sulla donna, che si è tenuta a Pechino nel settembre 1995 ha definito enfaticamente i diritti delle donne come diritti umani. La conferenza delle Nazioni Unite sull'uguaglianza razziale che si è tenuta nella Repubblica Sudafricana alla fine dell'estate del 2001 ha inserito le politiche contro la discriminazione razziale nel contesto del rispetto dei diritti umani<sup>48</sup>.

##### **a. Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**

L'art. 14 della convenzione stabilisce che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella [presente] Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione». Il Consiglio d'Europa ha adottato una nuova disposizione sull'uguaglianza (il protocollo n. 12) che cercherà di rimediare in qualche modo a varie lacune dell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>49</sup>.

Infatti il protocollo aggiungerebbe una disposizione all'art. 14 che vieterebbe la discriminazione fondata su motivi come quelli definiti nell'art. 14, da parte di un'autorità pubblica in circostanze in cui altri diritti della convenzione non sono vincolanti, al contempo «riaffermando che il principio di non discriminazione non impedisce agli Stati contraenti di adottare delle misure al fine di promuovere l'uguaglianza completa ed effettiva, purché sussista una giustificazione obiettiva e ragionevole per l'adozione di tali misure»<sup>50</sup>.

Il protocollo non ha ancora ottenuto un numero sufficiente di ratifiche per entrare in vigore nei paesi che l'hanno ratificato<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> [2000] GUCE C 364/01.

<sup>48</sup> Dichiarazione e programma di azione della conferenza mondiale contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e l'intolleranza a essi connessa, 8 settembre 2001.

<sup>49</sup> Protocollo n. 12 della CEDU, adottato a Roma, il 4 novembre 2000.

<sup>50</sup> Preambolo, quarto capoverso.

<sup>51</sup> (OMIT FOOTNOTE).

## **b. Altri strumenti internazionali e regionali di difesa dei diritti umani**

Oltre alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, esistono numerosi strumenti internazionali di difesa dei diritti umani che contengono requisiti di non discriminazione. Tra questi vi sono i principali strumenti generici di difesa dei diritti umani sottoscritti sotto gli auspici delle Nazioni Unite (Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, Convenzione dei diritti del bambino). Esistono inoltre numerosi trattati che si concentrano in modo particolare sulla discriminazione e sull'uguaglianza (Convenzione sui diritti politici della donna del 1953, Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1966, Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna<sup>52</sup> del 1979). Molti strumenti dell'OIL sono strettamente attinenti: la Convenzione concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione tra la mano d'opera maschile e la mano d'opera femminile per un lavoro di valore uguale del 1951 (n. 100) e la Convenzione concernente la discriminazione in materia di impiego e di professione del 1958 (n. 111). Sono importanti molte convenzioni del Consiglio d'Europa: sui diritti economici e sociali (Carta sociale europea del 1961, emendata nel 1996), sulle minoranze nazionali (Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1995) e sulle lingue delle minoranze (Carta europea delle lingue regionali e minoritarie del 1992). In una certa misura questi strumenti possono essere considerati come una conferma dell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

## **II. Quattro significati di uguaglianza e di non discriminazione nel diritto comunitario**

L'uguaglianza e la non discriminazione sono concetti complessi, che comportano un considerevole dibattito sui loro significati e sulla loro giustificazione. Nell'ambito del diritto comunitario è possibile individuare quattro significati di uguaglianza e non discriminazione. Per queste distinzioni è necessario fare numerose precisazioni. In primo luogo, queste categorie sono state definite per tentare di dare senso ad una varietà di atti giuridici a volte sconcertante; queste distinzioni non hanno ricevuto alcuna approvazione giudiziale. In secondo luogo, queste categorie non sono «a tenuta stagna», ma permeabili, dove gli sviluppi in una categoria influenzano gli approcci nelle altre. In terzo luogo, sotto alcuni punti di vista i principi sottostanti ad ogni categoria possono essere in conflitto tra loro, richiedendo eventuali decisioni in merito alla priorità tra le categorie.

### **1. Uguaglianza come «razionalità»**

Il primo significato di uguaglianza riguarda il caso in cui il principio di non discriminazione (interpretato come principio limitato secondo il quale i simili devono essere trattati in modo simile, a meno che non esista un'adeguata giustificazione per la sua mancata applicazione) è un principio autonomo d'applicazione generale, senza specifica limitazione alle circostanze a cui è applicabile (purché sia, nell'ambito pubblico,

---

<sup>52</sup> Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna 1979 (1980) ILM 33.

definito in modo generale) e senza limitazione dei motivi per i quali tale differenza di trattamento è eccezionale. In altre giurisdizioni questo approccio all'uguaglianza è in particolare associato a garanzie costituzionali. Questo significato è essenzialmente basato sulla razionalità.

L'uguaglianza come razionalità indica essenzialmente, nel caso in cui l'esercizio del potere dello Stato dia origine ad un trattamento ineguale, la necessità di un'adeguata giustificazione, conformemente a criteri coerentemente applicati, convincenti e accettabili. Tuttavia, un concetto generale di uguaglianza come razionalità non può essere applicato senza la definizione di criteri di somiglianza, differenza, accettabilità e giustificazione.

Per questo primo significato di uguaglianza possiamo considerare due funzioni complementari: si tratta sia di un principio generale che sostiene le altre categorie che verranno discusse in seguito, sia di una residua categoria d'esame di diritto proprio. La prima funzione di questo primo significato costituisce un punto iniziale da cui derivano sostanzialmente i significati più dettagliati di uguaglianza che vengono trattati qui di seguito. In tal senso, i necessari criteri di somiglianza, differenza e giustificazione vengono specificati nell'ambito del secondo, terzo e quarto significato di uguaglianza. Nel secondo significato questi criteri vengono specificati da una descrizione della modalità di distribuzione di interessi particolarmente importanti e, nel terzo e quarto significato, tenendo in considerazione il modo in cui particolari caratteristiche delle persone devono influire sulla distribuzione delle opportunità in modo più generale. Nei casi in cui, ad esempio, viene sollevata la questione di un'imperfetta distribuzione dei diritti o è presente il criterio di esclusione fondato sulla razza, i giudizi di irragionevolezza o irrazionalità appaiono maggiormente fondati e inducono ad un esame più scettico. Giustificare tali decisioni richiede uno sforzo maggiore rispetto al caso di decisioni che non comportino queste considerazioni. Tuttavia, per quanto riguarda la seconda funzione del primo significato, i tribunali sono disponibili ad analizzare le decisioni in modo più generale, anche se più debole, sulla base del trattamento ineguale, comprese le decisioni che non riguardano situazioni che hanno ad oggetto interessi particolarmente importanti o specifiche «violazioni di condizione» (*status-harms*).

## **2. Uguaglianza come «protezione dei diritti»**

Nel secondo approccio, il ruolo del principio di non discriminazione è aggiuntivo alla protezione di «beni pubblici» particolarmente apprezzati. Essenzialmente il principio stabilisce che, nella distribuzione del «bene pubblico», le persone simili devono essere trattate in modo simile, tranne nei casi in cui sia possibile giustificare delle differenze. In tale contesto, l'attenzione è concentrata sulla distribuzione del bene pubblico, anziché sulle caratteristiche del destinatario, tranne che per la giustificazione di un trattamento diverso. I tribunali analizzeranno le azioni delle autorità pubbliche in modo più approfondito che nell'ambito del primo significato, quando le azioni delle autorità pubbliche danno luogo a discriminazione (definita essenzialmente come un diverso trattamento di alcune persone) in queste circostanze. In questo caso si pone una questione fondamentale, ovvero la definizione di quali siano i «beni pubblici» che devono essere considerati d'importanza sufficiente a indurre un più attento esame basato sull'uguaglianza. Un esempio è dato dall'interpretazione dell'art. 14 della CEDU, dove i «beni pubblici» in questione sono i diritti umani fondamentali. Questo approccio è infatti

simile a quello generalmente seguito per il ruolo a volte concesso, in modo più generale, all'uguaglianza e alla non discriminazione nelle leggi internazionali sui diritti umani<sup>53</sup>. Un secondo esempio è dato dal diritto comunitario, dove i «beni pubblici» in questione vanno individuati nelle disposizioni del trattato che promuovono l'integrazione economica della Comunità.

Come sostiene De Búrca, «anche nelle aree del diritto comunitario per le quali il principio [di uguaglianza] è esplicitamente pertinente, non svolge lo stesso ruolo in ogni contesto»<sup>54</sup>. È possibile operare una distinzione approssimativa tra due funzioni, sovrapposte ma relativamente separate, del diritto comunitario in materia di uguaglianza. In primo luogo, esistono aspetti del diritto comunitario in materia di uguaglianza, validi principalmente nella sfera economica, in cui l'uguaglianza ha particolare importanza nella promozione degli obiettivi d'integrazione di mercato della Comunità. Come spiega De Búrca: «il principio può essere considerato come uno *strumento* per il conseguimento di specifici obiettivi comunitari, [...] promuovere la parità di trattamento come un mezzo per rimuovere gli ostacoli al completamento del mercato unico»<sup>55</sup>. Tesaro A.G. ha sottolineato l'importanza capitale dell'uguaglianza in questo contesto: «il principio di parità di trattamento è fondamentale non solo perché rappresenta una pietra angolare dei sistemi giuridici contemporanei, ma per un motivo più specifico: la legislazione comunitaria riguarda principalmente le situazioni e le attività economiche. Se in questo ambito vengono formulate regole diverse per situazioni simili, si genera come risultato non solo l'ineguaglianza davanti alla legge, ma anche e inevitabilmente una serie di distorsioni della concorrenza che sono assolutamente incompatibili con la filosofia di base del mercato comune»<sup>56</sup>. Spesso questa viene considerata come la funzione dominante dell'uguaglianza nel diritto comunitario. «Il principio di uguaglianza», scrive Tridimas, «acquisisce particolare importanza nell'ambito del diritto dell'economia. [...] L'uguaglianza [...] è [...] una chiave di volta dell'integrazione. La nozione di distorsione della concorrenza è fondamentale per comprendere la sua funzione nel diritto comunitario dell'economia»<sup>57</sup>. In questa seconda categoria possiamo ad esempio collocare le disposizioni relative alla non discriminazione tra produttori e consumatori.

Nel diritto comunitario è stata però individuata una seconda funzione del principio di parità di trattamento. A tal riguardo il principio di parità di trattamento è di particolare importanza nel dimostrare come gli obiettivi della Comunità superino gli obiettivi economici e si estendano alla protezione del modello sociale europeo, definito in modo da includere considerazioni di uguaglianza. In questo contesto l'uguaglianza è considerata come intrinsecamente importante o (almeno) altrettanto importante per l'integrazione non economica. Come spiega De Búrca, l'uguaglianza può essere considerata «come un valore che media ed eventualmente vincola o reindirizza altre specifiche misure od obiettivi comunitari. Di conseguenza le misure comunitarie possono essere soggette, ad

---

<sup>53</sup> Vedere *M. Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, 68-69 (Bruxelles, Bruylant, 1976).

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>55</sup> *De Búrca, The Role of Equality in European Community Law*, pagg. 23-24.

<sup>56</sup> Causa C-63/89 *Les Assurances du Credit SA contro il Consiglio europeo* [1991] Racc. I - da 1799 a 1829.

<sup>57</sup> *Tridimas*, pag. 45.

esempio, a impugnazione per mancata osservanza del principio di parità di trattamento oppure la legislazione può essere mitigata dal requisito dell'assenza, nella sua applicazione, di qualsivoglia discriminazione fondata sulla razza o sulla religione. [...] In modo più controverso, il principio potrebbe essere considerato come un obiettivo comunitario indipendente [...]»<sup>58</sup>. In questa seconda categoria possiamo includere ad esempio le disposizioni relative alla discriminazione fondata sul sesso. Prenderemo in considerazione questo aspetto di uguaglianza comunitaria nella discussione del successivo significato di uguaglianza.

Tracciare una distinzione netta tra queste due funzioni è però piuttosto problematico. In parte la distinzione viene a volte a mancare, perché gli aspetti di uguaglianza, definiti nell'ambito della prima funzione, si ampliano per adempiere alla seconda funzione. Limitando la discussione alla sola discriminazione fondata sul sesso, possiamo osservare come le motivazioni per introdurre dei divieti di discriminazione possono cambiare. Il trattato di Roma del 1957, che comprendeva un solo articolo sull'uguaglianza tra donne e uomini, nella fattispecie l'art. 119 CE relativo alla parità delle retribuzioni, era stato originariamente incluso per contrastare il fenomeno che ora verrebbe individuato come problema di «dumping sociale». Per oltre un decennio questa disposizione non ha avuto alcun effetto particolare sugli Stati membri e, solo con le decisioni pionieristiche dalla Corte di giustizia delle CE nei casi *Defrenne*<sup>59</sup> negli anni Settanta, ha iniziato ad essere seriamente considerato come all'origine di diritti giuridici applicabili. Questo attivismo giuridico/giudiziale ha coinciso con la nascita del movimento femminista nell'Europa occidentale e questi due fattori, uniti alla decisione della Comunità di controbilanciare più in generale la politica economica con una dimensione sociale, ha portato all'emanazione di tre importanti atti giuridici sull'uguaglianza nella seconda metà degli anni Settanta. L'uguaglianza dei sessi è diventata sempre più centrale per la suddetta dimensione sociale, come un aspetto dei diritti fondamentali, pertanto un elemento della seconda funzione di uguaglianza.

Un secondo motivo di cautela nel tracciare una distinzione troppo netta nasce dalla considerazione che le particolari istanziazioni del principio di uguaglianza sembrano ora adempiere ad entrambe le funzioni. L'esempio più importante riguarda la discriminazione fondata sulla cittadinanza. La doppia natura dell'art. 12 (ex 6) CE viene affrontata da Jacobs AG nel caso *Phil Collins*, in cui sottolinea che il divieto di discriminazione fondato sulla (nazionalità dello Stato membro della CE) promuove l'integrazione economica della Comunità e dimostra che la Comunità non è solo economica, ma un «progetto comune in cui tutti i cittadini dell'Europa sono in grado di partecipare come singoli...»<sup>60</sup>. Secondo Tridimas: «... la Corte di giustizia ha trasformato l'art. 12[6] da disposizione generale e programmatica in fonte autonoma di diritti ed obblighi *oltre l'ambito del mercato interno inteso in senso stretto*, che comprende una diversa serie di situazioni e i cui limiti esterni rimangono sfuggenti»<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> *De Búrca*, *The Role of Equality in European Community Law*, pagg. 23-24.

<sup>59</sup> Vedere la causa 80/70 *Defrenne contro Sabena* [1971] Racc. 445; causa 43/75 *Defrenne contro Sabena* (n. 2) [1976] Racc. 455; causa 149/77 *Defrenne contro Sabena* (n. 3) [1978] Racc. 1365.

<sup>60</sup> Cause congiunte C-92 e C-326/92 [1993] Racc. I, da 5145 a 5163.

<sup>61</sup> *Tridimas*, pag. 87 (il corsivo è nostro).

Un terzo motivo di cautela nel tracciare una distinzione troppo netta è dato dalla difficoltà di attribuire alle istituzioni comunitarie motivi per l'adozione di particolari disposizioni sull'uguaglianza. Ad esempio, per quanto concerne le disposizioni della direttiva relativa al quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il dibattito accademico è attualmente molto vivace. Di fatto possiamo solo speculare sui motivi che hanno indotto alla promulgazione di queste disposizioni e nei commenti accademici vi sono opinioni contrastanti sulle motivazioni d'integrazione economica o sociale della Comunità<sup>62</sup> e sull'importanza del futuro allargamento della Comunità stessa<sup>63</sup>. È senz'altro possibile, certo probabile, che motivi diversi siano alla base dell'inclusione delle diverse ragioni della lotta alla discriminazione<sup>64</sup>. È inoltre probabile che la Commissione fosse impaziente di sfruttare l'opportunità politica offertale di includere la più ampia serie di motivi di non discriminazione nel minor numero di direttive, sapendo che alcuni motivi sarebbero stati verosimilmente respinti se contenuti in strumenti distinti; non è neppure imminente alcuna analisi giudiziale delle loro funzioni, considerato che non sono ancora entrate in vigore.

---

<sup>62</sup> L. Waddington, 'Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination' (1999) 28 *Industrial Law Journal* 133-151, 134: '... l'inclusione dell'art. 13 CE nel trattato non era principalmente suggerito dal desiderio di combattere la discriminazione per motivi economici o di completare il mercato unico, ma è parte di una tendenza che probabilmente si riflette più nella retorica che nella realtà, ovvero portare l'Europa "più vicina ai cittadini"?' (nota a piè di pagina omissa). Per un'opinione contraria si veda S. Fredman, 'Equality: A New Generation?' (2001) 30 *Industrial Law Journal* 145-168, 149 (che indica un presupposto logico economico nella responsabilità della Comunità, come spiegato nelle parti introduttive delle nuove direttive); e S. McInerney, 'Equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin: a comment' (2000) 25 *European Law Review* 317-323, 322-3 (che indica il presupposto logico orientato al mercato come fonte di un presupposto logico secondario per la direttiva contro la discriminazione fondata sulla razza).

<sup>63</sup> M. Bell, 'Article 13 EC: The European Commission's Anti-discrimination Proposals' (2000) 29 *ILJ* 79-84, 84 (importanza delle nuove direttive nell'ambito dell'allargamento della Comunità).

<sup>64</sup> L'integrazione sociale, in particolare considerando i successi elettorali dell'estrema destra in alcuni paesi europei, sembra aver influito sull'accelerazione dell'adozione della direttiva contro la discriminazione fondata sulla razza. L'inclusione dell'età come un motivo di discriminazione vietato può essere considerato, come suggerisce McGlynn, alla luce di una politica comunitaria più ampia mirata ad affrontare l'esigenza economica della 'modifica del mercato del lavoro per incoraggiare i lavoratori più anziani a rimanere occupati, per persuadere i datori di lavoro a ridurre l'uso del prepensionamento e per estendere a tutti i cittadini la formazione professionale e l'apprendimento continuativo', anche se in seguito ha assunto un significato inerente ai diritti fondamentali. C. McGlynn, 'Age Discrimination and European Union Law' (relazione presentata al seminario organizzato dall'Istituto nazionale svedese per la vita lavorativa su Discriminazione e azione positiva sul mercato del lavoro: prospettive giuridiche, Bruxelles, 6-7 novembre 2000), pag. 4.

L'uguaglianza nel diritto comunitario rientra nel secondo, terzo e quarto significato di uguaglianza di cui sopra. In questa sezione ci concentriamo sulla sua importanza per il secondo significato. Laddove i diritti acquisiti o gli interessi previsti dal trattato, ecc., vengono «distribuiti», allora il principio di uguaglianza comunitario richiede che i simili vengano trattati allo stesso modo e che le differenze vengano trattate diversamente, a meno che non esistano motivi oggettivamente giustificati per derogare a tale principio. Questo aspetto è di particolare importanza per le relazioni economiche. In questo senso, l'approccio della Corte di giustizia è di considerare i requisiti del trattato come di tale importanza per il funzionamento del mercato che l'incapacità di garantire che vengano applicati in modo paritario richiede un esame giudiziale rafforzato. È come se ogni particolare articolo del trattato comprendesse una disposizione aggiuntiva sull'uguaglianza che stabilisce che l'articolo deve essere applicato in modo conforme al principio di parità di trattamento<sup>65</sup>. In questa situazione non è necessario individuare alcun divieto specifico di discriminazione (come la cittadinanza), ma è sufficiente stabilire una differenza ingiustificata di trattamento: questa è un'applicazione del secondo significato di uguaglianza.

### **3. Uguaglianza come prevenzione delle «violazioni di condizione» (*status-harms*) derivanti dalla discriminazione fondata su motivi particolari**

Nel terzo significato di non discriminazione, l'attenzione passa dall'importanza del «bene pubblico» (in particolare del diritto umano in questione) all'associazione di un numero limitato di caratteristiche particolari (ad esempio la razza, il sesso, ecc.) e alla discriminazione subita della persone che hanno dette caratteristiche o vengono percepiti come tali. I tribunali analizzeranno le azioni delle autorità pubbliche, e non, in modo più approfondito rispetto all'ambito del primo significato, allorché le azioni delle autorità pubbliche discriminano le persone che hanno tali caratteristiche particolari. In questo contesto però il significato di discriminazione si estende oltre il principio che persone simili devono essere trattate allo stesso modo, fino ad includere il principio che persone non simili non devono essere trattate allo stesso modo. Questo significato mira essenzialmente ad evitare le «violazioni di condizione» dovute alla discriminazione per particolari motivi.

Questo significato di uguaglianza ha ricevuto recentemente un forte stimolo dalle nuove direttive sull'«uguaglianza» ed è quello che possiede maggior titolo per essere descritto come il «nuovo» significato di uguaglianza, sebbene le sue origini risalgano ai casi Defrenne relativi alla discriminazione fondata sul sesso. Questo è il significato oggetto della presente conferenza e io analizzerò più in dettaglio alcuni suoi aspetti nel prosieguo della mia relazione.

Prima di procedere è necessario però citare il quarto e ultimo concetto di uguaglianza previsto dal diritto comunitario.

### **4. Uguaglianza come promozione proattiva dell'uguaglianza delle opportunità tra gruppi particolari**

---

<sup>65</sup> Vedere, ad esempio, la causa C-309/89, Codorniu v. SA contro Consiglio dell'Unione Europea, [1994] Racc. I-1853 al punto 26.

Secondo il quarto significato, alcune autorità pubbliche hanno il dovere di adottare delle misure attive per promuovere una maggiore uguaglianza di opportunità e relazioni positive (i cui significati giuridici devono ancora essere completamente sviluppati) per particolari gruppi di persone. In questo senso si tratta di un ulteriore sviluppo del terzo significato, «basato sulla condizione». Il concetto di «uguaglianza di opportunità» si estende però oltre qualsiasi concetto di discriminazione caratteristico dei precedenti significati e comporta non solo il dovere dell'autorità pubblica di rimuovere la discriminazione dalle sue attività, che viene considerato come un mero caso di negazione delle pari opportunità. In questo quarto approccio un'autorità pubblica sottomessa a tale obbligo ha il dovere di fare di più del semplice garantire l'assenza di discriminazione nelle sue funzioni occupazionali, formative e di altro tipo, bensì di agire positivamente per promuovere l'uguaglianza dell'opportunità e relazioni positive tra gruppi diversi in tutte le sue decisioni politiche e nello svolgimento di tutte le sue attività. Una caratteristica del terzo approccio, discussa nella sezione precedente, è che l'azione affermativa/positiva è consentita, ma non richiesta. Caratteristica emergente del quarto approccio è che l'azione affermativa/positiva può essere un requisito, laddove invece tale azione sarebbe legale. Sembrerebbe quindi che, per i soggetti vincolati a questo dovere, sorga ora l'obbligo di valutare se l'adozione da parte loro di misure di azione affermativa legittima promuova l'uguaglianza di opportunità e, in caso affermativo, valutare l'adozione di tali misure.

Questo quarto significato di uguaglianza è previsto dal diritto comunitario? Barnard osserva correttamente che la direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e la direttiva che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica «non concentrano l'attenzione sul raggiungimento della condizione di uguaglianza nel senso redistributivo più ampio e maggiormente orientato ai risultati»<sup>66</sup>. Tuttavia vi sono alcune prove della comparsa del quarto significato di uguaglianza nel diritto comunitario; ad esempio abbiamo visto che gli artt. 2 e 3(2) del trattato CE impongono l'obiettivo di promuovere l'uguaglianza tra donne e uomini nella Comunità. Recentemente l'avvocato generale Stix-Hackl nel caso *Dory* ha interpretato queste norme come l'imposizione di un *obbligo* per la Comunità di promuovere *attivamente* l'uguaglianza tra uomini e donne<sup>67</sup>. È da valutare come questa interpretazione prelude ad un'elaborazione più completa di un quarto significato di uguaglianza nel diritto comunitario, almeno per quanto riguarda l'uguaglianza delle donne.

### **III. Motivi a sostegno del terzo significato di discriminazione e uguaglianza**

Nella parte restante di questa relazione concentro l'attenzione sul terzo significato di uguaglianza nel diritto comunitario, in particolare sulle «violazioni di condizione», ovvero sul motivo per cui particolari violazioni di condizione vengono percepite come assolutamente inaccettabili. Una concezione proiettata nel futuro di questo terzo significato richiede una comprensione più profonda di ciò che noi intendiamo per uguaglianza in questo contesto particolare. Attingendo all'esperienza della Comunità

---

<sup>66</sup> Catherine Barnard, *The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?*, 46 McGill Law Journal (2001), pagg. 955-976.

<sup>67</sup> Causa C-186/01, *Dory* contro Bundesrepublik Deutschland, 28 novembre 2002.

europea, a mio avviso esistono attualmente *quattro* elementi di attenzione diversi, anche se a volte sovrapposti, a sostegno del terzo concetto di uguaglianza nel diritto comunitario.

### **1. Modello di giustizia individuale**

Chiamerò il primo elemento di attenzione «modello di giustizia *individuale*».

In genere questo modello mira a garantire la riduzione della discriminazione rimuovendo dalle decisioni le considerazioni fondate sulla razza, sul sesso o su altri motivi vietati che hanno conseguenze dannose per le persone. Di solito la parola chiave è «discriminazione».

Questo approccio non riguarda *principalmente* l'effetto generale delle decisioni sui *gruppi*. È chiaramente *individualistico*, poiché si concentra sul fatto di garantire l'equità all'individuo. In genere è espresso in termini *universalisti*: ad esempio le persone di colore e non di colore sono protette allo stesso modo, così come lo sono gli *uomini* e le donne, le minoranze e le *maggioranze* sessuali. Riflette il rispetto dell'efficienza, del 'merito' e dei risultati. Mantiene e, se possibile, migliora il funzionamento del mercato. Spesso si concentra sull'intenzione dell'autore della discriminazione e sulla sensazione di risentimento della persona derivante da tale intenzione.

Il primo modello di uguaglianza come giustizia individuale si ritrova in molti diversi aspetti del diritto comunitario, in particolare nel divieto della discriminazione diretta, nelle parti introduttive sul merito e nel modello di applicazione adottato, essenzialmente basato sull'individuo.

Nonostante i suoi evidenti elementi d'interesse, questo modello di giustizia individuale è stato criticato come profondamente imperfetto, se considerato come comprendente il solo significato di «uguaglianza». Varie argomentazioni vengono presentate in modo ricorrente: si sostiene che il modello di giustizia individuale travisa la profonda struttura di discriminazione in alcuni contesti, come nel caso della discriminazione contro le donne; tale discriminazione è spesso tanto istituzionale quanto individuale e perciò è poco verosimile che un modello di uguaglianza estremamente individualistico colga adeguatamente lo spessore del problema o il significato delle modifiche che devono essere apportate per affrontarlo. Secondo i critici la questione verrebbe valutata erroneamente come un problema d'intenzione anziché di effetto e il modello di giustizia individuale non prenderebbe adeguatamente in considerazione il contesto e il carattere consolidante dello svantaggio e dell'appartenenza a determinati gruppi.

### **2. Modello di giustizia di gruppo**

Il secondo elemento di attenzione politico relativo al terzo significato di uguaglianza è la giustizia a livello di *gruppo*, in base al quale lo scopo della politica di uguaglianza dovrebbe concentrarsi maggiormente sui *risultati* del processo decisionale, non solo sul processo in sé. I sostenitori di questo modello spesso cercano di ridistribuire le risorse dalle persone avvantaggiate a quelle svantaggiate. Il loro scopo principale è il miglioramento della posizione relativa di particolari *gruppi*, indipendentemente dal fatto che miri a riparare alla sottomissione e alla discriminazione passate od a garantire la giustizia distributiva. In questo caso la parola chiave è solitamente «ridistribuzione» anziché discriminazione.

Uno dei modi in cui quest'idea di giustizia di gruppo è stata concettualizzata dal punto di vista giuridico è stato mediante la richiesta di definire la discriminazione in modo da includere il concetto di discriminazione indiretta che, interpretato liberamente, comporta il divieto di adottare prassi che abbiano l'effetto di ostacolare sproporzionatamente un gruppo particolare e che non possano essere giustificate in modo oggettivo. Un altro aspetto comune di quest'idea di giustizia di gruppo è il concetto di riparazione di gruppo, che a volte assume la forma di restituzione di diritti non riconosciuti. In alcuni Stati le misure di azione positiva o affermativa sono state sviluppate come una forma di tali riparazioni. Ai fini della presente discussione, l'azione positiva o affermativa comprende la preferenza accordata ad un singolo, a causa della sua appartenenza ad un gruppo, per riparare alla passata discriminazione, garantire maggiore giustizia distributiva o una maggiore rappresentatività dell'istituzione che si impegna nell'adottare l'azione positiva o affermativa. Un buon esempio della differenza tra un concetto dell'uguaglianza di giustizia di gruppo e un modello di uguaglianza di giustizia individuale è dato dalle diverse valutazioni giuridiche dell'azione affermativa. Nel modello di giustizia individuale l'azione affermativa è spesso rappresentato come un'*eccezione* ai principi di uguaglianza e non discriminazione.

Comune ad entrambi i concetti di discriminazione indiretta e azione affermativa è l'idea delle proporzioni. Spesso vengono pertanto raccolte delle statistiche per controllare la posizione relativa del gruppo svantaggiato rispetto ad altri gruppi nella società e per disporre di informazioni in base alle quali è possibile individuare più facilmente la discriminazione indiretta ed elaborare dei programmi di azione affermativa. Infine si nota un'importante spostamento terminologico passando dal modello di giustizia individuale a quello di giustizia di gruppo: nel primo l'attenzione è maggiormente concentrata sulla «discriminazione»; nel secondo, tendono a diventare predominanti altre definizioni, quali «uguaglianza materiale», «uguaglianza dei risultati» e «svantaggio».

Il diritto europeo in materia di uguaglianza riflette questo modello, ma (di nuovo) solo limitatamente. Da una parte, possiamo puntare in particolare all'inserimento del concetto di discriminazione indiretta in tutte le direttive e, per interpretazione, nel trattato. Inoltre le direttive (considerate in senso più ampio) prevedono l'azione affermativa che, sebbene relativamente aperta a interpretazioni, comprende in modo chiaro un concetto collettivo di svantaggio di gruppo che fa a meno di un requisito di danno effettivo o diretto e tiene conto delle misure sia retroattive che preventive. Possiamo inoltre sottolineare l'asimmetria delle disposizioni relative alla disabilità per sostenere questo tipo di argomentazione.

D'altra parte, vi è chi sostiene che il diritto comunitario in materia di uguaglianza in passato rifletteva un punto di vista adeguatamente asimmetrico della discriminazione contro le donne, mentre ora è meno esplicitamente asimmetrico. Pertanto rimane aperto il dibattito sulla misura in cui il diritto comunitario in materia di uguaglianza rifletta un modello di giustizia di gruppo. Ad esempio, non sembra muoversi tanto verso il concetto di uguaglianza basato più esplicitamente sulla giustizia di gruppo, specifico del quarto significato di uguaglianza di cui sopra.

### **3. Uguaglianza come riconoscimento d'identità**

Per questo terzo approccio esiste però un terzo elemento di attenzione all'uguaglianza, secondo il quale l'uguaglianza presuppone il riconoscimento di *identità*

diverse. Nell'ambito di questo concetto, la mancata attribuzione di un'adeguata importanza a siffatte identità diverse costituisce in sé una forma di oppressione e di ineguaglianza. La *diversità* diventa la parola chiave nel dibattito generale e la politica pubblica riflette l'esigenza di tale diversità in qualche misura.


Durante gli anni Ottanta alcuni teorici politici hanno sempre più concentrato l'attenzione sull'importanza del riconoscimento di identità diverse. Questa teoria politica ha dato origine ad uno dei più importanti sviluppi che hanno condizionato le leggi antidiscriminatorie nell'ultimo decennio. Si sono sviluppate teorie di giustizia basate sull'importanza del riconoscimento culturale, politico e giuridico delle scelte di stile di vita dei gruppi sociali, che vedevano l'incapacità di accordare la dovuta importanza a tali identità diverse come una forma di oppressione e discriminazione<sup>68</sup>. Queste teorie riflettevano e, in una certa misura hanno stimolato, la cosiddetta «politica di protezione dell'identità», che ha tentato di garantire il riconoscimento e l'adattamento politico (se non la celebrazione) della diversità etnica, religiosa, sessuale e di altro tipo. Le leggi antidiscriminatorie sono fatte su misura per questo tipo di politica, che si è manifestata a livello giuridico anche con il tentativo di moltiplicare i motivi in base ai quali vietare la discriminazione.

Questo modello di uguaglianza come riconoscimento è incluso in parte anche nelle direttive e si riscontra, forse in particolare, nel divieto della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e nella ridefinizione del diritto al matrimonio stabilito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In questo primo contesto, il ruolo del divieto di discriminazione consiste in parte nell'ottenere il riconoscimento dell'idea secondo la quale, per usare le parole di Hans Ytterberg, «è possibile affermare che tutti gli esseri umani hanno un orientamento sessuale di tipo omosessuale, bisessuale od eterosessuale, sebbene gli individui eterosessuali tendano a dimenticare gli altri orientamenti»<sup>69</sup>. Ytterberg sostiene la necessità di un'azione «per porre rimedio a quella che può essere definita come la 'tirannia del silenzio'».

Tuttavia nel dibattito politico-teorico sulla politica del riconoscimento stanno assumendo importanza almeno due ulteriori elementi di critica alla teoria delle leggi antidiscriminatorie. Una parte del dibattito riguarda la giustificabilità e l'importanza di concentrarsi sul riconoscimento dei gruppi sociali<sup>70</sup>. Nelle leggi antidiscriminatorie questo atteggiamento si è tradotto nell'articolata complessa attenzione all'uso giuridico di categorie come «razziale», «etnico», «religioso» e persino «uomini» e «donne». Questa classificazione promuove od ostacola il raggiungimento degli obiettivi posti dalle leggi antidiscriminatorie? Richiede il ricorso ad un concetto semplificato delle caratteristiche

---

<sup>68</sup> Sull'argomento è di particolare importanza il lavoro di *Charles Taylor* "The Politics of Recognition" in *Amy Gutman* (a cura di), *Multiculturalism and the 'Politics of Recognition'* (Princeton U.P., 1992). Da questo testo si è sviluppata una letteratura in continua crescita sul multiculturalismo.

<sup>69</sup> *Hans Ytterberg*, *The right to love whom ever you want – an issue of fundamental human rights!* , relazione esposta alla conferenza "Discrimination and affirmative action on the labour market – legal perspectives" (Discriminazione e azione affermativa sul mercato del lavoro: prospettive giuridiche), Bruxelles, 6-7 novembre 2000), p. 2-3.

<sup>70</sup> *Nancy Fraser*, "Rethinking Recognition: Overcoming Displacement and Reification in Cultural Politics", *2/3 New Left Review* (2000), 107-120.

del gruppo sociale con il conseguente risultato di consolidare una visione essenzialista del gruppo e pertanto di promuovere la stereotipizzazione del gruppo che le leggi antidiscriminatorie avrebbero dovuto proteggere? Reifica l'esistenza di tali gruppi, incoraggiando l'esclusività e la polarizzazione tra di loro?

Queste domande hanno implicazioni particolari per lo sviluppo e l'interpretazione del diritto comunitario in materia di uguaglianza, considerato l'accento posto nelle direttive sulla discriminazione indiretta e sull'azione positiva, che dipendono in una certa misura dalla classificazione dei gruppi. Esse mettono fortemente in discussione certi aspetti del presupposto logico della giustizia di gruppo a livello più generale, fino al punto che, ad esempio, il controllo del comportamento e della condizione dei gruppi, nonché i relativi dati statistici, sono considerati come fondamentali per l'efficacia operativa di questo modello. È utile notare che la definizione di discriminazione indiretta nelle nuove direttive, a differenza della definizione presente nella direttiva sull'onere della prova, non dipende dall'uso della prova statistica di ripercussioni sproporzionatamente negative, poiché in molti Stati membri, inclusi la Svezia e la Danimarca, la legislazione sulla protezione dei dati personali impedisce la raccolta di dati sull'origine etnica delle persone<sup>71</sup>.

Questi dubbi hanno anche altre implicazioni, poiché direttive diverse si riferiscono a diverse categorie di gruppi. Sandra Fredman ha sottolineato i problemi associati ad un sistema giuridico che richiede «distinzioni molto chiare tra i diversi motivi di discriminazione»<sup>72</sup>. Riferendosi in particolare alle direttive, sostiene che le «differenze tra i gruppi sono messe in risalto; le differenze all'interno dei gruppi vengono rese invisibili». Inoltre sostiene che «la struttura delle direttive rende inevitabile la definizione dei gruppi come se possedessero identità costitutive fisse e immutabili» e ritiene che sia necessario «rivedere il significato di identità di gruppo», sostenendo la necessità di «un unico statuto armonizzato che comprenda tutti i motivi di discriminazione pertinenti e non richieda rigorose distinzioni tra motivi diversi».

Un altro caso in cui, in ambito comunitario, la politica del riconoscimento sembra in conflitto con la giustizia basata su modelli di giustizia di gruppo è rappresentato dal considerare l'attenzione del modello di giustizia di gruppo ad una distribuzione meno disuguale dei beni e delle opportunità ai gruppi economicamente svantaggiati come in conflitto con la giustizia basata sul riconoscimento culturale e simbolico di identità diverse e con la loro accettazione sulla base del principio d'uguaglianza<sup>73</sup>. In altre parole, l'attenzione al riconoscimento prende il posto dell'attenzione alla redistribuzione economica nell'ambito della teoria della lotta alla discriminazione? Il crescente dibattito

---

<sup>71</sup> Relazione alla Camera dei Lord di *Adam Tyson*, della Commissione europea, 9 febbraio 2000, p. 22, "Proposte dell'UE per combattere la discriminazione", relazione della commissione parlamentare della Camera dei Lord sull'Unione europea, HL Paper 68, 16 maggio 2000. Per una discussione più approfondita delle fonti della nuova definizione, vedere *Mark Bell*, Article 13 EC: The European Commission's Anti-discrimination Proposals, 29 *ILJ* 79-84 (2000), p. 82 (la Commissione ha usato la giurisprudenza relativa alla discriminazione fondata sulla cittadinanza della CGCE).

<sup>72</sup> *Sandra Fredman*, Equality: A New Generation?, 30 *Industrial Law Journal* 145-168 (2001), p. 158.

<sup>73</sup> *Anne Philips*, *The Politics of Presence* (Oxford University Press, 1995).

sull'idea di diversità e il suo rapporto con l'uguaglianza e le leggi antidiscriminatorie mostra i conflitti tra la giustizia di gruppo e i modelli di riconoscimento dell'uguaglianza. Ad esempio, alcuni gruppi di neri americani hanno un atteggiamento estremamente diffidente nei confronti dei presupposti logici della diversità per l'uguaglianza, poiché questi sembrano equiparare l'esigenza di un'azione affermativa dei neri americani all'esigenza d'includere una maggiore rappresentanza di altri gruppi che altrimenti non verrebbero protetti dal presupposto logico della giustizia di gruppo, come gli americani di origine etnica estremo-orientale, portando ad una limitazione degli effetti che l'azione affermativa può avere per i soli neri americani.

Una risposta a tali attenzioni, ampiamente adottata da Choudry<sup>74</sup>, consiste nel considerare l'enfasi delle leggi antidiscriminatorie sui gruppi sociali come caratteristiche indispensabili, ma altresì problematiche, di tale legislazione. Un approccio alternativo è il sostenere «un danno per entrambi gli aspetti», ovvero respingere i modelli sia di giustizia di gruppo che di riconoscimento per tornare a quanto in precedenza è stato individuato come il presupposto logico di «giustizia individuale» per le leggi antidiscriminatorie, considerando l'obiettivo da raggiungere con tali leggi come la protezione delle scelte dei singoli in un ambito relativamente limitato dell'attività economica e non l'approccio delle politiche di redistribuzione o di protezione dell'identità. In particolare questo approccio respinge l'interpretazione della «politica di protezione dell'identità» delle leggi antidiscriminatorie considerandola fuorviante (potendo portare ad una balcanizzazione della politica, impedendo di uscire da un'identità imposta da terzi sulle persone) ed impraticabile (obbligando i tribunali a impegnarsi in dibattiti che non sono chiaramente in grado di affrontare in modo adeguato).

#### **4. Uguaglianza come partecipazione**

È possibile individuare un quarto elemento di attenzione sottostante al terzo significato di uguaglianza. Le rivendicazioni dei gruppi protetti dal diritto comunitario in materia di uguaglianza sono in parte considerate come lotte per poter articolare le prospettive e le priorità di tali gruppi, ovvero come una rivendicazione alla partecipazione politica nel senso più ampio. Lo scopo è garantire che tutti i soggetti, compresi quelli esclusi in precedenza, abbiano voce in capitolo negli affari pubblici, in particolare nelle decisioni quotidiane dei responsabili che modellano le loro opportunità. La parola chiave diventa quindi «partecipazione».

Questo approccio ha almeno tre potenziali implicazioni per le leggi antidiscriminatorie che sono state tutte oggetto di dibattito nello scorso decennio. La prima implicazione si riferisce alla valutazione dell'opportunità della presenza di singoli «membri» di tali gruppi sociali negli organismi politico-decisionali, poiché tale presenza vi aggiungerebbe un importante elemento di diversità. Infatti alcuni paesi hanno deciso ad esempio che per i diversi comitati governativi deve essere garantita una percentuale minima di componenti donne, così come i partiti politici hanno considerato necessario ricorrere in alcune circostanze a rose di candidati di sole donne per aumentare le possibilità di una loro più equa partecipazione al corpo legislativo nazionale. Le leggi antidiscriminatorie, previste a volte a livello legislativo, più spesso costituzionale,

---

<sup>74</sup> *Sujit Choudry*, “Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws”, 9 *Geo. Mason Law Review* 145 (2000).

pongono il problema di valutare l'ammissibilità o addirittura la necessità di questi tentativi di aumentare la rappresentanza politica di alcuni gruppi sociali. Ad esempio, fino a che punto deve essere incoraggiata la democrazia fondata sulla parità nell'ambito dell'uguaglianza dei sessi?

Le implicazioni vanno oltre l'uguaglianza dei sessi. Già dalla fine degli anni Ottanta anche l'idea dei diritti delle minoranze si è sempre più diffusa acquisendo favore nell'Europa centrale e orientale. L'importanza di questo rapporto per la teoria di lotta alla discriminazione è data ancora una volta dalla misura in cui spesso un'attenzione ai diritti delle minoranze sembra sottolineare l'esistenza dei gruppi anziché dei singoli. Tuttavia l'aspetto più importante è che un'attenzione ai diritti delle minoranze spesso genera una discussione su quale forma di democrazia sia giustificabile (e praticamente efficace) per ridurre e comporre le tensioni fra le etnie. Soprattutto i dibattiti di scienza politica sull'idoneità di concetti come quello di democrazia consociativa hanno dato vita ad una ricca letteratura. In questa prospettiva si ritiene che le leggi antidiscriminatorie abbiano un ruolo importante da svolgere nel garantire l'adeguata distribuzione dei beni e delle opportunità politiche tra i gruppi etnici. Il diritto europeo sull'uguaglianza ha già dovuto fronteggiare questo problema durante i dibattiti politici per l'adozione della direttiva relativa al quadro generale per la parità di trattamento<sup>75</sup>.

#### IV. Affrontare le «uguaglianze»

Quali di questi quattro modelli di uguaglianza è «corretto»? Io sostengo che *nessun* modello può o deve pretendere di rappresentare *il* caso di uguaglianza centrale o migliore nell'interpretazione e nella spiegazione della politica comunitaria in materia di uguaglianza. *Tutti* questi concetti di uguaglianza sono necessari per cogliere *appieno* la varietà dei significati dell'uguaglianza. Dobbiamo includere questa diversità di uguaglianze a livello politico-decisionale e rifiutarci di limitare il discorso dell'uguaglianza ad un solo significato.

##### 1. Conflitti

Possono sorgere due serie di conflitti. Innanzi tutto, i conflitti tra i quattro significati di uguaglianza visti in precedenza, ad esempio tra il secondo e il terzo significato di uguaglianza quando parti del terzo concetto di uguaglianza, basato sullo stato, sono considerate contrarie ad un altro diritto sostanziale, come la libertà di espressione, sostenuto dal secondo concetto di uguaglianza. In secondo luogo si creano conflitti in seno al terzo concetto di uguaglianza, tra le diverse interpretazioni dell'inammissibilità di particolari tipi di discriminazione basata sullo stato. Nella parte restante di questa relazione mi concentrerò sui conflitti inerenti a questo terzo significato.

Richiedere che la politica di uguaglianza prenda in considerazione tutti e quattro gli elementi di attenzione individuati nell'ambito del terzo significato porterà ad un *intenso* dibattito sulle priorità *tra* questi elementi di attenzione quando entrano in conflitto tra loro, come talvolta capita. Ad esempio negli Stati Uniti i fatti dimostrano che può sussistere un conflitto tra il divieto della discriminazione fondata sull'età (una

---

<sup>75</sup> In modo alquanto inusuale, la direttiva prevede per l'Irlanda del Nord delle eccezioni profondamente basate sull'esigenza di proteggere aspetti della democrazia consociativa da un modello di giustizia individuale potenzialmente limitativo.

classica richiesta di giustizia individuale) e le politiche redistributive basate sulla razza e sul sesso. In ultima analisi i principali beneficiari della legislazione statunitense relativa alla discriminazione fondata sull'età risultano essere i maschi bianchi di età più avanzata. Inoltre la politica di riconoscimento appare in conflitto con la giustizia basata sui modelli di giustizia di gruppo in ambito comunitario. L'attenzione del modello di giustizia di gruppo ad una più equa distribuzione dei beni e delle opportunità nei confronti dei gruppi economicamente svantaggiati può essere in conflitto con la giustizia basata sul riconoscimento culturale e simbolico delle diverse identità e con la loro accettazione basata sull'uguaglianza. In altre parole, l'attenzione al riconoscimento prende il posto dell'attenzione alla redistribuzione economica nell'ambito della teoria della lotta alla discriminazione?

## **2. Sussidiarietà**

Come affronta queste complessità il diritto comunitario in materia di uguaglianza? Innanzi tutto ricorrendo ad una formulazione molto blanda che, insieme ad alcune eccezioni di portata particolarmente vasta, ha provocato una certa preoccupazione. Ad esempio, l'ampia eccezione relativa alla discriminazione religiosa, di cui all'art. 4(2) della direttiva relativa al quadro generale per la parità di trattamento, che consente ai datori di lavoro di pretendere la buona fede e la lealtà alle norme dell'azienda, può avere un effetto dannoso sulla coscienza e sulla vita privata dei dipendenti. In materia viene concessa una notevole discrezionalità agli Stati membri. Possiamo inoltre notare i diversi approcci che possono essere adottati nell'interpretazione delle origini etniche o razziali della direttiva contro la discriminazione fondata sulla razza.

Un variabile margine di discrezionalità è concesso agli Stati membri, in virtù delle direttive, per decidere i mezzi più adeguati al raggiungimento della parità di trattamento garantita. Probabilmente agli Stati membri viene concesso il livello minore di discrezionalità nelle direttive contro la discriminazione fondata sul sesso (grazie ad un maggiore consenso, basato su una maggiore esperienza, in merito al modello di uguaglianza adeguato nella maggior parte delle circostanze) ed il livello più elevato di discrezionalità nella direttiva relativa al quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in cui molti aspetti sono lasciati aperti al dibattito politico a livello nazionale a seguito di uno scarso consenso sull'adeguato modello di uguaglianza da seguire per la religione, l'età, la disabilità e l'orientamento sessuale. Non considero questo approccio contestabile in linea di principio, purché tra i tribunali, i governi degli Stati membri e la Commissione esista un dialogo aperto che indichi che la Comunità ritorna a riflettere sugli approcci che alcuni organismi suggeriscono, come accade spesso per la discriminazione fondata sul sesso. Di conseguenza, se consideriamo queste direttive come il vero inizio di un dialogo sul concetto di uguaglianza adeguato per particolari contesti, è encomiabile la strategia di reinvestire gli Stati membri della responsabilità decisionale nella fase iniziale.

## **3. Sensibilità giuridica ad un approccio alle uguaglianze**

Considerato il contesto della discriminazione fondata sul sesso, risulta evidente che siffatti dibattiti a livello nazionale sul modo in cui risolvere questi conflitti tra i diversi concetti di uguaglianza finiranno prima o poi davanti alla Corte di giustizia

europea, il cui ruolo rimarrà pertanto fondamentale nello sviluppo del diritto europeo sull'uguaglianza.

Come reagirà la Corte a tali richieste? Vi sono numerose possibilità. Di fronte a questa complessa serie di uguaglianze tra cui scegliere, la Corte può ripiegare su una posizione neutra di uguaglianza come mera razionalità. Questa tendenza può essere rafforzata non solo dall'ampia portata delle direttive basate sull'art. 13 del trattato CE, ma anche dalla tendenza giudiziale di prendere in considerazione tale legislazione sull'uguaglianza come l'istanziamento di un diritto umano all'uguaglianza, di ampia portata seppure debole, anziché come l'istanziamento di un tentativo di trattare distinti problemi *sui generis* di parità delle retribuzioni o dell'esclusione dei gruppi di minoranze etniche, ecc. La forza dello sviluppo del concetto di «uguaglianza come diritto umano» (nella fattispecie la sua generalità) costituisce anche la sua potenziale debolezza: vi è la tendenza a ridurre il concetto di uguaglianza al minimo comune denominatore. Pertanto la CGCE, e di fatto i tribunali nazionali, si trovano di fronte al problema di optare tra i vari concetti di uguaglianza in particolari contesti.

Personalmente spero che si riterrà opportuno adottare un considerevole livello di modestia giudiziale, almeno finché non risulterà con maggiore chiarezza quali approcci, tra quelli che si svilupperanno nei vari Stati membri su particolari questioni, siano soddisfacenti sotto il profilo teorico e fattibili a livello pratico. Pertanto suggerisco che i tribunali seguano da vicino gli sviluppi nazionali e li considerino come laboratori per sperimentare *quale tipo* di uguaglianza è più adatto a *quali* circostanze. Questo significa ovviamente che un unico modello europeo di leggi antidiscriminatorie si formerà solo nel lungo periodo, ma ciò non deve rappresentare una sorpresa, né motivo di allarme, poiché la costruzione europea è un progetto a lungo termine. Nella fase iniziale i tribunali svolgeranno un importante ruolo di forum per un dibattito rigoroso e sostenuto su questi problemi, che non dovrebbe tentare di bloccare la discussione necessaria su tali questioni. Di conseguenza è necessario riconoscere che esistono diversi tipi di uguaglianza in situazioni diverse e che i gruppi protetti devono essere in grado di impegnarsi con i responsabili politici per garantire l'adozione del concetto di uguaglianza più adatto alle loro circostanze. Non dobbiamo giudicare prematuramente il risultato di tale dibattito, ma riconoscere l'importanza della discussione sulle «uguaglianze» anziché sull'«uguaglianza». È essenziale che il dibattito sull'uguaglianza si svolga non solo tra tali gruppi e il governo, ma anche tra i gruppi stessi.